

CITAÇÃO EDITALÍCIA. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. REFLEXÕES

RONALDO LEITE PEDROSA

Juiz de Direito TJ/RJ

O artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.271, de 17.4.96, assim estabelece:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Intensas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais persistem quanto à fórmula para aplicação da referida regra penal e processual penal. Vamos elencar as principais, e dar nossa visão.

PRIMEIRA DIVERGÊNCIA: RETROATIVIDADE DA NORMA

Quanto ao primeiro tema, entendo que a lei traz dois preceitos: um de direito processual penal (*suspensão do curso da ação*), e outro de direito penal (*suspensão da fluência do prazo prescricional*).

Realizei intensa pesquisa nos repertórios pátrios sobre o assunto, refleti muito, e chequei à conclusão, amadurecida e fundamentada, de que a norma pode ser cindida e aplicada pela metade, naquilo que beneficia o acusado. É que temos um *imperativo constitucional* (art. 5º, XI), de que a lei penal *retroagirá para beneficiar o réu*!

Ora, se esse é o comando constitucional, garantia individual permanente, e de aplicação *obrigatória*, como não obedecer?

Todas as interpretações no sentido de que “não se pode dividir a norma”, “aplica-se apenas para os casos futuros”, “é incentivo à impunidade”, entre outras, *data venia*, indicam desprezo pela Lei Maior.

Só há uma única forma de obedecer à Constituição Federal: aplicar a lei na parte que beneficia o réu, mesmo que, para tanto, seja necessário dividir-se a norma (não a lei ...).

Assim, é o caso de, sempre, retroagir ordenamento penal e processual penal mais benéfico, e impedir a retroatividade prejudicial.

Lúcida, irreparável e perfeita a brilhante lição nesse sentido fornecida pelo eminente Desembargador SÉRGIO VERANI, da Colenda 5ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, ao julgar e negar o Recurso em Sentido Estrito 2524/98, assim ementado:

“SUSPENSÃO DO PROCESSO SEM A SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA NORMA PENAL (ART 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL (ART. 2º DO C.P.P.). Se o fato criminoso é anterior à vigência da Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, não se pode determinar a suspensão do prazo prescricional, face a irretroatividade da norma penal desfavorável ao réu, desnecessária, na hipótese, a análise sobre a duvidosa constitucionalidade daquela lei nova, quanto ao seu conteúdo de natureza penal. Aplica-se, porém, de imediato, a aparte processual da lei nova, determinando-se a suspensão do processo, se o acusado, citado por edital não comparece e não constitui advogado, sem a suspensão do prazo prescricional. Recurso ministerial improvido.”

O argumento, *ad terrorem*, de que isso estimularia a impunidade, *data venia*, não impressiona. Desde muito existe em nosso ordenamento regra idêntica (art. 413 do Código de Processo Penal), e ninguém até hoje, ao que se saiba, levantou essa tese...

Cuida-se, realmente, de regra que visa a proteger e assegurar o direito de ampla defesa (que inclui a autodefesa) pois, do contrário, seria garantia meramente formal.

SEGUNDA DIVERGÊNCIA: PRAZO DA SUSPENSÃO

Mas não é só esse o problema, a meu ver superado, de aplicação retroativa e cindida da norma do art. 366 sob comentário.

Indaga-se: feita a suspensão do curso da ação, por quanto tempo perdurará?

Outra celeuma no mundo jurídico...

Criar-se, por lei infraconstitucional outras hipóteses de delitos imprescritíveis, a nosso sentir, é inviável. Quanto a Lei Maior desejou isso, expressa e taxativamente estabeleceu os casos: racismo e terrorismo. Todos os demais crimes, mesmo que hediondos (como se todo crime não o fosse...), são prescritíveis. É a evolução do Direito Penal que se faz presente. E evolução democrática. Assim ensina o Eminentíssimo Professor Ney Moura Teles:

“Se a Constituição Federal estabeleceu casos expressos de imprescritibilidade, é porque não autorizou ao legislador ordinário imaginar, nem contemplar, outras hipóteses, muito menos os julgadores construir interpretações extensivas.”

Assim, não sendo possível um delito sem prazo prescricional, assentou-se na doutrina, ao menos, a idéia de que o parâmetro para o prazo de suspensão da ação seria o artigo 109 do Código Penal. Ainda se discute com base em que pena: a mínima prevista para o crime, ou a máxima?

Inclino-me pela mínima, considerando que o Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto legislativo 27, de 26.05.1992, ratificado pelo Decreto 698, de 6.11.1992), e ali, no art. 8º, I, está previsto que o processo criminal deverá terminar em prazo razoável. Transcrevemos:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

O princípio da razoabilidade, em sua plenitude, está consagrado na nossa Constituição Federal e, portanto, se encaixam os temas, sendo uma das formas de se emprestar eficácia ao ***substantive due process of law***.

Ensina também o eminente Desembargador Alberto Silva Franco, em sua obra **Crimes Hediondos**, págs. 364/365, comentando a referida convenção, acima citada:

“Isso significa que todo o cidadão tem direito subjetivo de receber a prestação jurisdicional dentro de um segmento temporal razoável, que só pode e deve ser medido, obviamente, em função dos termos previamente fixados em lei. Bem por isso se considera que a administração da justiça não poderá prorrogar-se, de forma indefinida, transferindo para um tempo futuro e de determinação imprecisa o remate do processo. Justiça a destempo não é justiça.”

Não nos parece *razoável* adotar o limite máximo de prescrição, porquanto seria analogia *in malam partem*. O processo penal lida, em uma de suas facetas, com a liberdade e, nesses temas, toda interpretação deve ser restritiva, jamais ampliativa, conforme ensina Carlos Maximiliano, em sua obra **Hermenêutica**.

TERCEIRA DIVERGÊNCIA: O QUE FAZER APÓS O *DIES AD QUEM*

A última questão que merece ser enfrentada, sem temores ou preconceitos, é a relativa ao tema em epígrafe. Ocorrida a suspensão pelo prazo prescricional estabelecido no art. 109 do Código Penal, considerando-se a pena mínima, o que fazer após seu decurso?

Volto a conferir a jurisprudência, e encontro voto brilhante e irresponsável do eminente Desembargador Álvaro Mayrink, quando do julgamento, perante a Colenda Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado, nos Embargos Infringentes 92/98, assim constando:

“O professor Tourinho Filho oferta solução à discussão processual entendendo que o processo ficaria suspenso, com a produção da prova antecipada quando fosse de natureza urgente, e o curso da prescrição seria suspenso até o julgamento balizado pelo limite fixado para a espécie pelo artigo 109 do Código Penal. E, findo o prazo, considerada a pena em abstrato, voltaria a fluir, observadas as regras, mencionadas, dos artigos 109, 110, 112 e 117 do Código Penal. É a posição anteriormente por nós sustentada e agora com o aval insigne.”

Mas não é só a construção pretoriana que aponta a solução acima. A doutrina mais moderna é em sentido igual. Refiro-me à recentíssima obra **Processo Penal à Luz da Constituição**, publicada pela Edipro, do Promotor de Justiça e Professor Fauzi Hassan Choukr (Mestre e Doutor pela USP em Direito Processual Penal, especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford, além de pesquisador emérito do Instituto Max Planck para Defensoria Pública Estrangeira e Internacional), o qual, nas páginas 169/170, ensina:

*“A outra saída aparentemente em aberto é a da retomada da relação processual. Tal solução seria frontalmente contrária aos desejos constitucionais que inspiraram o modelo adotado no Brasil. Com tal medida, ao invés de garantir-se o rol de direito defensivo, transformar-se-ia o processo numa verdadeira armadilha, mormente nos casos em que tivesse acontecido a produção antecipada de provas, lembrando-se que não há previsão expressa na lei nº 9.271/96 de refazimento das provas produzidas cautelarmente durante a revelia. Restaria apenas a apresentação das razões derradeiras pelas partes, aguardando uma sentença cujo prognóstico não é por demais difícil de concluir. Quer numa, quer outra situação, pois, o texto constitucional de matiz garantidor parece inoperante diante das lacunas legislativas abertas, restando, por fim, apenas um caminho, que pode não agradar muito aos fervorosos adeptos da linha **law and order**, que é a retomada do prazo prescricional após o final do termo suspensivo, sem, contudo, haver a retomada dos atos processuais, que somente poderiam ser produzidos (salvo aqueles que não o foram em sede cautelar), com a presença do acusado. Neste sentido, o acusado é encontrado em chega-se a uma sentença de mérito, ou escoá-se **in albis** o prazo prescricional decretando-se a extinção da punibilidade nos termos do art. 107 do Código Penal.”*

Concordo em gênero, número e grau com ilustre Promotor de Justiça, bem como acompanho a orientação jurisprudencial acima relatada.

De que adiantaria a suspensão do processo se, decorrido o prazo, voltaria ele, com a revelia permanecendo presente, a correr? Apenas teríamos um alargamento temporal concreto, a benefício da acusação, e o Estado

estaria desonerado de encontrar o acusado, pois, em seguida, voltaria a fluir a marcha processual. Poderia o juiz sentenciar? Jamais...

Realmente, a redação do referido dispositivo legal foi das mais infelizes, revelando a precipitação legislativa, sem assessoria adequada, que vem jogando no mundo jurídico penal e processual penal uma enxurrada de leis, despreocupados os congressistas, *data venia*, com a importância do sistema. Ao oposto, desfigurou-se por completo a engrenagem legislativa penal, existindo mais de 100 leis extravagantes, sobre temas diversos, tornando-se, daqui a pouco, necessária uma nova edição das **Consolidações das Leis Penais**, como já ocorreu em 1932... Sempre se esquecem da História...

Logo, vencido o prazo de suspensão, prossegue o transcurso do lapso prescricional (direito material), mantendo-se, todavia, a suspensão do processo (direito formal). ♦